

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
Sala de Decisión Civil

Mag. Ponente: Dra. ANA LUZ ESCOBAR LOZANO

ACTA No. 188

Cali, ocho (08) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

1.- OBJETO

Resolver el recurso de apelación formulado por **Salud Total EPS- S SA** contra la **Sentencia** de 22 de noviembre de 2022 proferida por el juzgado 1 civil del circuito de Cali en el proceso de responsabilidad civil odontológica formulado por Raul Mejía Lasso, Patricia E Nuñez, Maria Piedad Mejía Lasso y Andrea Gomez Mejia contra **Salud Total EPS- S SA y Grupo Estética Dental del Valle SAS**

II.- ANTECEDENTES.

1. Pretenden los actores se declare civilmente responsables a los demandados por los perjuicios - *lesiones físicas y perturbaciones psicológicas*- ocasionados al señor Raul Mejia como consecuencia de la deficiente atención clínica y medica prestada el día 9 de diciembre de 2010 cuando se le practicó una intervención quirúrgica por odontólogos del Grupo de Estética Dental del Valle SAS, y como consecuencia se condene a pagar a las demandadas a su favor a título de reparación integral por perjuicios morales y perjuicios fisiológicos o daño a la vida de relación por cada concepto y a cada uno lo siguiente: al señor Raul Mejia 100 smlmv, a Patricia Nuñez 40 SMLMV, y a Maria Piedad Mejía y Andrea Gomez 30 SMLMV, montos todos que son el sustento del juramento estimatorio.

1.1.- Un apretado resumen de los hechos que fundan lo pedido es como sigue:

Las actoras son la esposa, la hermana y la sobrina del señor Raul Mejía quienes conforman un grupo familiar unido y afectivo entre ellos.

El señor Mejia es beneficiario de Salud Total EPS-S SAS -en adelante Salud Total-, entidad que lo remitió el 4 de junio de 2010 a Grupo de Estética Dental del Valle SAS –en adelante Grupo Estética - para la realización de distintos procedimientos odontológicos, entre ellos endodoncia y periodoncia que no tuvieron dificultad, y posteriormente se programó una cirugía para colocación de dos implantes con el odontólogo rehabilitador Diego Fernando Jimenez, realizada el 9 de diciembre de 2010, intervención en la que se dice, no se adoptaron las medidas de asepsia necesarias -*tapabocas, ropa de protección*- y de esterilización de implante caído y tampoco le explicaron los riesgos de la misma ni firmó consentimiento informado.

Posterior a la cirugía presentó adormecimiento lado izquierdo de la cara y dolor en la zona de implante, asistió a control postquirúrgico el 17 de diciembre y se le indicó que estaba bien ordenando radiografía, volvió a control el 23 de diciembre siguiente.

Con la radiografía acudió el 4 de marzo de 2011 a otro especialista, que encontró los implantes colocados cerca al nervio dental inferior, y por sus preguntas evidenció que no le habían realizado previo a la cirugía una tomografía con mediciones ni informado sobre el procedimiento. Y por dolor e infección en la zona del implante acudió de nuevo a Grupo Estética donde lo atendió el periodoncista Gonzalez que ordenó un TAC.

El 9 de enero de 2011 los implantes se desprendieron solos. Fue valorado después por dos maxilofaciales, dres Jhon Osorio Orozco, que encontró proceso infeccioso y pérdida ósea alveolar, y el dr Carlos Egas de Salud Total, que diagnosticó pérdida ósea en el sitio de los implantes, y que podían volver a colocarse después de dos o tres meses de espera y previa tomografía. Y el grupo Estética lo remitió al dr Marco Hernandez para realización de injerto óseo y nueva colocación de implantes en la misma cirugía, pero por la mala experiencia en la anterior cirugía decidió no hacerse aquella en esa institución.

El señor Mejia presentó denuncia penal contra el odontólogo, de la que conoce la Fiscalía Local 94¹ que ordenó valoraciones por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cali ; el 29 de junio de 2012 formuló tutela contra Salud Total solicitando que le permitieran escoger la IPS y continuar el tratamiento inconcluso, a lo que se accedió; contra las demandadas formuló queja administrativa a la Supersalud -en trámite- y contra el odontólogo Diego Fernando Jimenez queja disciplinaria ante el Tribunal de Ética Odontológica Seccional Valle, que aperturó la investigación².

La salud oral del señor Raul empeoró, ha seguido en tratamiento de rehabilitación oral con otros odontólogos especializados vinculados a Salud Total, y todo lo sucedido le ha generado daño moral a él y a su familia, y daño a la vida en relación por haberse visto afectado en su autoestima, en sus relaciones familiares y sociales y en el disfrute de tareas placenteras.

2.- Los demandados contestaron así:

2.1.- Salud Total EPS -S SA Acepta la remisión del paciente al Grupo Estética. Se opone a lo pedido porque no es prestadora directa del servicio odontológico, cumplió sus obligaciones y los perjuicios son excesivos por lo que pide su absolución. Formula las siguientes excepciones de mérito: *Cumplimiento de la función básica de Salud Total con EPS y de sus obligaciones contractuales frente al afiliado; Carencia de imputación a Salud Total de las presuntas consecuencias del acto*

¹ Fue archivada

² Fue caducada

odontológico u omisión por arte de los profesionales tratantes del paciente; No responsabilidad de Salud Total por la discrecionalidad científica de los actos médicos odontológicos que ejecuta su red de servicio; Culpa probada como principio general de la responsabilidad médica y; la Genérica.

2.1.1.- Salud Total además llama en garantía:

-A **Grupo de Estética Dental del Valle SAS** por tener derecho legal a llamarla como la IPS donde remitió al señor Mejía, entidad no respondió el llamado.

-A **Chubb Seguros Colombia SA** con fundamento en la póliza No 43058180 tomada por Salud Total, entidad que respondió al llamado aceptando la existencia de la póliza pero remitiendo a su cobertura y alegando prescripción, por lo que excepciona :*Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro; Ausencia de cobertura frente a la responsabilidad derivada de errores en el acto médico, por delimitación temporal y debido a que la responsabilidad civil profesional, el daño moral, fisiológico y de vida en relación se encuentran expresamente excluidos; y como subsidiarias propone :Inexistencia de la obligación indemnizatoria a cargo de chubb por ausencia de responsabilidad extracontractual; Límites y sublímites máximos de la eventual responsabilidad o de la eventual obligación indemnizatoria, condiciones especiales, disponibilidad de la suma asegurada; Deducible pactado; Contrato ley para las partes , la Genérica.- Y frente a la demanda principal , se opone a lo pedido y excepciona Ausencia de responsabilidad (...); Elusión de la carga de la prueba por parte del demandante; La materialización de un riesgo inherente no genera responsabilidad civil médica; la Genérica, Tasación excesiva del daño moral, Insuficiencia de los elementos probatorios que acrediten el daño a la vida en relación a favor del señor Raul Mejia; Improcedencia de la solicitud de daño a la vida en relación a favor de los familiares del señor Alejandro Mejia ; Enriquecimiento sin causa.*

2.2.- Grupo de Estética Dental del Valle SAS responde indicando que su actuar fue diligente, que los distintos procesos y quejas en su contra y otros por este asunto no prosperaron, que el tratamiento no culminó porque el señor no volvió y excepciona *Mala fe y Abuso del derecho.*

3.- En LA SENTENCIA, el juez dice no probadas las excepciones formulados por la EPS e IPS accionadas; declara a dichas entidades solidariamente responsables por los perjuicios sufridos por el actor por deficiencia en la atención médica, y en consecuencia las condena a pagar al señor Mejía Lasso 25 SMLMV por daño moral y el mismo monto por daño a la vida en relación, a la esposa 12.5 SMLMV por concepto de daño moral, y para ella y los demás actores deniega el perjuicio a la vida en relación y para estos deniega el daño moral. Declara probadas las excepciones de falta de amparo y exclusión de la responsabilidad esgrimidas por Chubb al llamamiento en garantía de Salud Total y desestima dicho llamado, al igual que el llamado realizado a Grupo Estética; finalmente condena en costas a la parte demandada a favor de los demandantes.

Arriba a esa decisión porque está demostrada la responsabilidad civil y solidaria de los demandados, que deben responderle a los actores por las fallas en la prestación de la atención en salud odontológica- cirugía de colocación de implantes - al afiliado de la EPS, en que incurrió la IPS Grupo Estética el 9 de diciembre de 2010.

Encuentra que *el daño*, consistente en la disminución de sensibilidad en la cara está acreditado, pese a que la historia clínica es ilegible y sin mayores datos, tanto así que Medicina Legal afirmó que carecían de elementos suficientes para determinar si en la cirugía de colocación de implantes se siguieron los protocolos que la rigen y que ocasionó la caída de los implantes y la pérdida ósea.

La *culpa y el nexa causal* también se demuestran por la falta de información al paciente de los riesgos de la cirugía y la ausencia de consentimiento informado pues ello implica la infracción por el médico del estándar de conducta que le es exigible al contrariar una norma que debe cumplir *-artículo 15 ley 23 de 1981-* y porque la falta de consentimiento informado según jurisprudencia, *en tanto omisión culposa per se atribuible al galeno*, posibilita ligar causalmente esa falta de consentimiento a un específico daño con la materialización con la condición de que ese daño no se hubiere producido de eliminarse el tratamiento o intervención no consentido, y que sea la manifestación de un riesgo previsible, riesgos que expresa aquí están probados por el *fracaso en la implantación dental , daño en el hueso de la zona donde se realizó y afectación del nervio que según literatura médica es un riesgo inherente al proceso de colocación de implantes dentales.*

En consecuencia, unido a que no existe prueba que descarte que los efectos nocivos no se generaron por la cirugía de colocación de implantes *“(...) así no haya mediado culpa de profesional de la odontología que lo realizó en su aparición, la circunstancia de no haberse diligenciado previamente a ese acto un consentimiento informado con el paciente, comporta que la realización de los riesgos preVISIBLES o los resultados adversos presentados por el paciente, que igualmente guardan una conexión de causalidad con el daño presentado por aquél, permite presumir la responsabilidad del galeno porque de haberlos puesto en conocimiento del paciente Raul Mejia, aquel hubiere decidido razonablemente si estaba de acuerdo o no en asumirlos (...)*

Respecto a la historia clínica insiste en las omisiones de datos esenciales como las ayudas diagnósticas previas a la cirugía, excepción de la radiografía panorámica, la no indicación de la técnica quirúrgica y del procedimiento practicado *-cirugía de implantes-* ni del nombre del médico que la realizó, así como en errores en la información, en incomprendiones de las anotaciones realizadas todas a mano, inconsistencias que dan lugar a un indicio grave de negligencia médica según la jurisprudencia, fallas que no permiten verificar si el odontólogo— *Diego Fernando Jimenez odontólogo con especialidad en rehabilitación oral-* fue diligente y cuidadoso, presunción que aplicada al caso y conforme a la prueba valorada en forma individual y conjunto llevan al juez al convencimiento que se estructura la responsabilidad médica porque dicho galeno no actuó bajo los estándares que le correspondían como buen odontólogo, asunto en

lo que no aporta mayores luces la odontóloga Sandra Milena Tache Giraldo *-especializada en auditoria en salud-* porque no tiene la misma especialidad de aquel, luego no se trata de un testigo técnico ni de una experta para considerar que emitió concepto.

Ahora, sobre la interrupción del tratamiento por parte del señor Mejía desde el mes de febrero de 2011, está justificada porque ocurrió ante los resultados adversos de la cirugía del 9 de diciembre de 2010 realizada en Grupo Estético, pero se continuó con otras instituciones de salud con el tratamiento, luego no hay ausencia de adherencia argumentada como eximente de la responsabilidad.

Concluye cumplidos los supuestos para la procedencia de la responsabilidad médica solicitada frente a la IPS accionada, y definida ésta, en virtud de que actuó como agente de la EPS a la cual está afiliado el paciente, existiendo la prueba de que ésta fue la que lo remitió a la IPS, ambas responden solidariamente por las lesiones causadas a aquél, sin que prosperen según todo lo dicho, las excepciones formuladas por aquellas.

Y en cuanto a los llamamientos en garantía, niega el llamado de Salud Total al Grupo Estética porque no existe entre ellas relación legal o contractual que lo amerite según el artículo 64 del CGP, y el contrato de prestación de servicios que ambas aceptan tener, no se probó que tenga pactada cláusula de indemnidad a favor de la EPS. E igual niega el llamado a Chubb porque según los términos de la póliza No 43058180, la misma no ampara la responsabilidad deprecada en este asunto, es más, la excluye específicamente en una cláusula clara que no admite duda.

Por último sobre los perjuicios, encuentra probado el daño moral para el paciente y su esposa y lo cuantifica en 25 y 12.5 SMLMV, respectivamente, no así para los demás actores porque ni para el momento de los hechos ni después vivían con la víctima ni residen en la ciudad, denegándoles igualmente a ellos indemnización por daño a la vida en relación, que concede solo al señor Mejía por las limitaciones en el disfrute de su vida normal y actividades familiares y sociales por 25SMLMV porque según la jurisprudencia únicamente procede para él.

3.1.- El fallo no fue adicionado como pidió Chubb y contra esta decisión se interpuso recurso de reposición, infructuosamente.

4.- Inconforme Salud Total con lo resuelto APELÓ el fallo para que se revoque y en su lugar se nieguen las pretensiones en su contra, con los argumentos y la sustentación que a continuación se relacionan:

-Erró el funcionario al negar su llamamiento en garantía al Grupo Estética con el argumento de no existir relación contractual entre ellos porque los representantes legales de ambas entidades, Salud Total y Grupo Estética aceptaron la existencia de un contrato de prestación de servicios de salud odontológica, además la llamada no se pronunció sobre los hechos de la demanda de llamado por lo que le aplica la sanción del artículo 97 del CGP. Por tanto, Salud Total tiene derecho a llamar a la IPS para que le reembolse o pague lo que se ordene en su contra en el fallo porque de considerarse que hay culpa por falla en la prestación del servicio por el personal de la IPS, la EPS nada tuvo que ver con ella y debe ser compensada pues una cosa es la solidaridad y otra que no pueda ejercer su acción frente al que faltó a las reglas médicas y con ello comprometió su responsabilidad.

-La prueba no fue valorada debidamente porque el juez se fundó primordialmente en el concepto emitido por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias y pasó por alto otras pruebas documentales y testimoniales, como la declaración de la doctora Sandra Tache quien revisó la historia clínica y concluyó que los actos odontológicos estuvieron acordes con la *lex artis* y que fue la poca adherencia del paciente y su patología lo que hizo que los tratamientos instaurados fueren de difícil adaptación, explicando que el desprendimiento de los implantes pudo ocurrir por el grosor del hueso, infección, malos hábitos de higiene o porque el cuerpo los rechace.

Tampoco consideró la prueba proveniente de la Supersalud en la que se le absolvió de responsabilidad a Salud Total de la investigación administrativa sancionatoria por los hechos del caso, en la que tuvo en cuenta la inasistencia del paciente a las citas autorizadas, de consulta, de control y la cancelación de otras citas.

Y está probado que el señor Mejia Lasso no era adherente a los tratamientos odontológicos que le prescribían, no asistía a las citas programadas, no asistió a la junta médica programada y no cumplía con las recomendaciones de higiene oral que le daban, luego hay concurrencia de culpas y aplica el artículo 2357 del CC para la reducción del daño.

-Cuestiona la tasación de los perjuicios inmateriales por excesiva, pues desconoció el funcionario que el señor Mejia Lasso y su cónyuge que si bien tienen afectación moral ella en parte obedece también a la patología de base que aquejaba a aquél que tenía un curso previo a las atenciones prestadas y cuestionadas en este asunto.

5.- En esta instancia el apelante sustentó el recurso en la forma ya indicada y en oportunidad presentaron sus réplicas:

El demandante pidiendo la confirmación de la sentencia porque no hay concurrencia de culpas, probada como esta que la causa eficiente del daño es la mala praxis, además de indicios graves como la precaria historia clínica; porque el juez valoró correctamente la prueba, basado en indicios que daban cuenta de la mala praxis, incluso el Tribunal de Ética Odontológica formuló

cargos, aunque después declaró prescrita la acción disciplinaria; y la tasación de perjuicios es la correcta teniendo en cuenta los padecimientos sufridos por la parte demandante.

Chubb solicitando confirmar la decisión porque no existe reparo frente a la desestimación de su llamado en garantía, luego no es punto en discusión y la decisión absolutoria en su favor debe mantenerse por acertada.

5.1.- Se sigue a continuación el análisis del recurso, recordando que la competencia del Tribunal se circunscribe a los reparos concretos formulados por el recurrente, por lo que debe entenderse, que los demás son puntos que escapan a la competencia de esta Corporación, conforme a lo preceptuado en el artículo 328³ del Código General del Proceso.

III.- CONSIDERACIONES.

1.- Este asunto reúne todos los presupuestos procesales y no se avizora causal de nulidad que invalide lo actuado. Adicionalmente está demostrada la legitimación de las partes, los demandantes por ser quienes se dicen afectados por las fallas en la prestación del servicio de salud odontológico en que incurrieron la EPS y la IPS demandadas, que por ende son las legitimadas en la causa por pasiva.

2.- Se trata de un proceso de responsabilidad médica odontológica en el que se declararon civil y solidariamente responsables a la EPS e IPS accionadas de los perjuicios ocasionados al señor Mejía Lasso y su esposa y se les condena a pagarles el daño inmaterial causado, consistente en daño moral y a la vida en relación para el primero y daño moral para la segunda, desestimando el llamado en garantía realizado por la EPS a la IPS y a Chubb.

Y según los reparos y su sustento, le corresponde a la Sala determinar : i.- la procedencia del llamamiento en garantía realizado por Salud Total a Grupo Estética; ii.- la indebida estimación de la prueba porque se dice, de su acervo se establece que los actos odontológicos estuvieron acordes con la *lex artis* y que existe concurrencia de culpas por la poca adherencia del paciente al tratamiento; y iii.- la ecuanimidad de las suma fijadas como indemnización por daño moral y a la vida de relación.

3.- Para dilucidar el primer problema jurídico ha de tenerse en cuenta que al comenzar a regir la ley 100 de 1993 entraron nuevas instituciones vinculadas en la prestación del servicio de salud, las EPS e IPS, disponiendo tal normatividad en los artículos 177 a 179 y 183 que las EPS son organismos de administración y financiación, con una función básica de organizar y garantizar la prestación del servicio de salud obligatorio a los afiliados, de forma que, a través de una red especializada de servicios que debe contratar -IPS- se preste de forma integral, eficiente, oportuna

³ CGP. Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

y de calidad pues la EPS -decreto 1484 de 1994- es responsable de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, y en ese contexto, cuando se presenta una mala práctica en esa red, la EPS responde solidariamente con la IPS porque los médicos de esta son los ejecutores de las obligaciones que le corresponden a aquella, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia: “En consecuencia, al margen de la naturaleza de la relación entre el afiliado y su EPS, si se presenta una equivocada praxis médica en que aquel sufra una pérdida de salud en manos de la IPS, ipso jure, nace una responsabilidad solidaria de ésta y la EPS a la que esté vinculado, porque los galenos y centros hospitalarios obran como ejecutores de la obligación principal radicada en la EPS, y su deber de propender por la idoneidad de los mismos es de origen legal”.⁴

En el mismo sentido ya se había pronunciado la Corporación en la SC 17 de noviembre 2011, rad 1999.00533 (...) *las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994).*

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.”

3.1- No existe discusión en cuanto a que el señor Mejía está afiliado a Salud Total como beneficiario, tampoco de que esta EPS fue la que remitió al citado señor Mejía para la atención de su salud odontológica en la IPS Grupo Estética pues así consta en la historia clínica ni respecto a que el Grupo Estética forma parte de la red de servicios de Salud Total pues así lo aceptaron tanto el representante legal de la EPS como de la IPS en sus interrogatorios de parte.

Por tanto, la atención en salud al señor Mejía se prestó por Grupo Estética por la remisión que de dicho paciente le hiciera la EPS, por lo que existe una unidad de objeto prestacional de la EPS y la IPS en virtud de las relaciones contractuales y legales derivadas de la prestación del servicio de salud gestadas entre ellas y con el paciente lo que las hace solidariamente responsables de los daños causados a dichos paciente derivados de fallas en la prestación de tal servicio, solidaridad que nace de la propia ley –*artículo 1568 del CC*- en aplicación del principio general consagrado en

⁴ SC2769-20, 31 de agosto de 2019, M.P Octavio Augusto tejeiro Duque

el artículo 2344 del CC que se ha considerado por la jurisprudencia eficaz para todo tipo de responsabilidad ⁵.

3.2.- El llamamiento en garantía –*artículo 64 del CGP*- permite traer a juicio como parte a quien esté llamado legal o contractualmente a responder por la condena que se le llegare a imponer para que la pague o le reembolse total o parcialmente lo que haya pagado, esto con fundamento en una relación de garantía personal existente entre llamante y llamado.

En los anteriores términos, aunque la EPS y la IPS celebraron contrato de prestación de servicios en virtud del cual fue atendido por esta última el paciente, lo cierto es que el mismo no establece una relación de garantía personal entre ellos que permita realizar el llamado en garantía, de allí que le asista razón al juez al denegar el llamado que la hizo Salud Total a Grupo Estética pues la relación entre estas, en este debate de responsabilidad médica impetrado contra ellas es de solidaridad según dijimos, por lo que su relación como deudoras se rige por la subrogación a que da lugar el pago de la deuda o la extinción de la misma por algunos de los medios equivalentes al pago -*artículo 1579 CC*- y no por el llamamiento en garantía como se pretendió aquí, razones todas suficientes para despachar negativamente el primer reparo.

4.- Como punto de partida se precisa que no se discute por la apelante que la responsabilidad deprecada es la responsabilidad civil médica odontológica cuyos presupuestos al igual que los exigidos para el régimen general de la responsabilidad son, la violación por acción u omisión del deber de asistencia y cuidado propio de la profesión, que dicho obrar sea imputable a título de dolo o culpa al profesional –*inobservancia de la lex artis ad hoc*-, el daño y la relación de causalidad entre el daño y aquél comportamiento médico.

Sobre la culpa ha dicho la Corte que” (...) *tratándose de la prestación de servicios de salud, habrá culpa, cuando la conducta del galeno no se sujeta a los parámetros que la propia ciencia médica impone para el acto por él realizado.*» (CSJ SC2555 de 12 jul. 2019), porque como regla de principio la actividad médica es de medio no de resultado por cuanto “(...) *su compromiso se contrae a desplegar una conducta diligente en procura de obtener un fin concreto y específico (la mejora o la preservación de las condiciones de salud del paciente), que sin embargo no garantiza, salvedad hecha, claro está, que medie pacto entre las partes que así lo establezca (...)*”SC2804 de 26 de julio de 2019

⁵ CSJ, SC 11 de septiembre de 2002, rad 6430 2 *En otras palabras, lo claro es que la solidaridad no surgió de una inexistente pluralidad de sujetos contratantes, como lo plantea el impugnante, sino de la propia ley, o sea el art. 2344, en tanto el juzgador consideró que el perjuicio había sido consecuencia de la culpa cometida por dos personas, una de ellas el médico encargado del tratamiento. Por supuesto que para arribar a esta nueva conclusión, vuelve a jugar papel determinante la estructura y el vínculo obligacional que hubo de quedar verificado, porque es la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor, en la forma como quedó averiguada, ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, la que permite hacer el predicamento de solidaridad que antes se expresó, porque como explica Adriano de Cupis al ocuparse de situaciones como la que ahora se estudia, para poder sostener la tesis de la solidaridad, “Es decisivo... que tales comportamientos concurren en la lesión del mismo interés y en la producción del mismo daño”. Precisamente, agrega, “la diversidad de título, es decir, del fundamento de la responsabilidad, no excluye su solidaridad, porque deriva de comportamientos concurrentes a la producción del mismo daño”.*

Y en cuanto al nexo causal, esto es al vínculo necesario entre el hecho culposo y el daño, la misma Corporación ha señalado que el funcionario *«debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud»* (SC, 15 en. 2008, rad. 2000-673-00-01; en el mismo sentido SC, 6 sep. 2011, rad. 2002-00445-01).

4.1.- E interesa para resolver este asunto referirnos al *consentimiento informado* pues el médico no puede exponer al paciente a riesgos injustificados por lo que deberá informarlo y pedirle su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos o quirúrgicos que requiera, exponerle las alternativas de tratamiento o procedimiento a seguir, los objetivos y advertirlo además de los riesgos normales o previsibles o de la imposibilidad de hacerlo *-ley 23/81, decreto 3380/81-*, dejando constancia escrita de ello en la historia clínica, aunque es posible acudir a otros medios de prueba para acreditar la información, carga de la prueba que corresponde a los profesionales de la salud pues la jurisprudencia ha considerado esa obligación como de resultado *“(…) en tanto la ausencia de consentimiento comprometerá la responsabilidad galénica, siempre que uno de los riesgos de aquellos que debieron ser objeto de comunicación se materialice y, como consecuencia, se produzca un daño; en otras palabra, el personal tratante asumirá las consecuencias de la omisión en el proceso de información, sin que puedan excusar su deber indemnizatorio en un actuar diligente, prudente o perito.”*⁶

Que la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado hace responsable al médico y a las entidades prestadoras, es punto pacífico para la jurisprudencia de la Corte que ha dicho: *“La omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, ‘la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto’ (artículo 16, Ley 23 de 1981) (…)* SC, 17 nov. 2011, rad. n.º 1999-00533-01).

En otra decisión, que reitera la anterior la Corte expresa *“La ausencia de consentimiento informado, pues, solo resulta trascendente cuando acaece, sin culpa del galeno, un riesgo previsible, no informado ni asumido por el paciente, ya que, bajo ese supuesto, sí es posible asignar, total o parcialmente, el gravamen de reparación de las secuelas del resultado adverso al profesional médico”,* posición que dice ha asumido la Corporación bajo dos premisas esenciales, *“(…) que al no obtener el consentimiento informado del paciente, el médico infringe el estándar de conducta que le es exigible (..) la segunda, que la omisión del galeno –consistente en no obtener el consentimiento informado– está*

⁶ SC4786-2020 7 de diciembre de 2020, M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

ligada causalmente con la materialización de uno cualquiera de los riesgos esperados del tratamiento o intervención correspondiente (...) Partiendo de la existencia de esas dos posibilidades, la Corte ha considerado pertinente presumir que el juicio hipotético que se planteó supra debe resolverse de forma negativa⁷ (...)” Dicha presunción permite establecer un vínculo causal material entre la omisión y el daño, el cual, además, se muestra jurídicamente apto para atribuir responsabilidades, precisamente porque se trata de la realización de un riesgo previsible, esto es, un evento adverso identificado por cada especialidad de la medicina como de frecuente realización, y que, por lo mismo, tendría que haber sido puesto en conocimiento del paciente ex ante, para que resolviera razonadamente si estaba de acuerdo en asumirlo.⁸

4.2.- También es importante referirnos aquí a otra obligación de resultado de los profesionales e instituciones de salud consiste en diligenciar la historia clínica de forma legible y completa de manera que en ella se recojan los antecedentes personales del paciente, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos, exámenes practicados, procedimientos e intervenciones, técnicas utilizadas, prueba que se ha dicho por la jurisprudencia, debe ser analizada bajo las pautas de la sana crítica junto con los otros medios de prueba, precisándose que la ausencia del aludido documento o su diligenciamiento incorrecto o incompleto” puede “generar un grave indicio en contra del profesional”⁹ pero no se traduce en un reconocimiento de la culpa médica.

5.- Lo acabado de exponer sobre el consentimiento informado y la historia clínica resulta trascendente para el estudio del recurso porque los presupuestos de culpa y nexo de causalidad de la responsabilidad civil medica odontológica reconocida, los encontró el juez en aquellos pilares: la falta de consentimiento informado por haberse materializado los riesgos preVISIBLES –*pérdida de masa ósea alveolar y disminución de sensibilidad*- riesgos que debieron informarse y ser asumidos por el paciente y no le fueron informados, y en la incompletion y fallas en la historia clínica que indician en forma grave la responsabilidad.

En las citadas circunstancias, si el apelante pretendía controvertir el fallo debió socavar con sus argumentos dichos pilares fundamento de la responsabilidad, bien cuestionando la falta de consentimiento informado y las fallas en la historia clínica que concluyó el juez, o debatiendo la calidad de los riesgos materializados porque no corresponden a riesgos preVISIBLES sino a riesgos inesperados e imposibles de prever que no tenían que ser informados. Pero nada de esto ocurrió.

5.1.- En efecto, sus reparos los hace consistir en la falta de apreciación de unas pruebas con las que dice, se demuestra, que los actos odontológicos estuvieron de acuerdo con la *lex artis*, que el paciente tuvo poca adherencia al tratamiento y que es la patología y otras varias causas – *infección, mala higiene, grosor de hueso*- lo que dio lugar a que los implantes fracasaran.

⁷ Esta presunción es de aquellas *iuris tantum*, de manera que admite prueba en contrario. En consecuencia, el demandado podrá acreditar que, de haber sido oportunamente informado, el paciente habría consentido el tratamiento o intervención –asumiendo sus riesgos–, lo que impediría consolidar el vínculo causal entre la ausencia de consentimiento informado y el daño.

⁸ SC3604-2021, 25 agosto 2021, M.P Luis Alfonso Rico Puerta

⁹ CSJ SC de 28 de junio de 2011, Rad. 1998-00869-00.

Pero aquí resulta intrascendente entrar a dilucidar si se cumplió con la *lex artis* al realizar el acto odontológico -*cirugía*-, o establecer la causa del fracaso de los implantes, o si el paciente fue adherente o no al tratamiento pues como quedó dicho, el juez encontró la culpa y la causa del daño en la violación del deber de información –*falta de consentimiento informado*-, en la materialización de riesgos previsible y en las fallas en la historia clínica, no en la patología que aquejaba al paciente, ni en su comportamiento frente al tratamiento, ni en la inobservancia de la *lex artis ad hoc* en la praxis médica por actuar culposo del odontólogo, esto por cuanto según lo indicó la Corte en providencia ya citada “(…) el personal tratante asumirá las consecuencias de la omisión en el proceso de información, sin que puedan excusar su deber indemnizatorio en un actuar diligente, prudente o perito.”¹⁰

5.2.- Es más, pasando por alto lo acabado de indicar, lo cierto es que Salud Total no se preocupó por aportar prueba que sustentara la buena práctica en la cirugía odontológica realizada al paciente. No hay peritazgo ni concepto especializado u otra prueba técnica al respecto, que no lo es la declaración de la odontóloga Sandra Tache, pues ni es testimonio técnico porque no presencié los hechos ni es concepto especializado porque no tiene la especialidad de quien realizó la cirugía -*rehabilitador oral*- porque la suya es en gestión de salud que no le da el peso para analizar la praxis médica de aquél, por lo demás sin una historia clínica que revele los pormenores de esa cirugía. Y tampoco aporta algo al respecto la decisión de Supersalud-Resolución 00386 de 17 de abril de 2018¹¹, no solo porque no refiere a la *lex artis ad hoc* sino también porque esa decisión no está en firme y se desconoce lo decidido en la apelación de la misma.

Como ha reiterado la Corte, el juez es ajeno al conocimiento médico u odontológico y si la recurrente estaba interesada en probar la pertinencia del acto, medico, la causa del daño , o el tipo de riesgo que ocurrió «(…) un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar (….) sobre las reglas (….) que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (….)»¹².

Luego este reparo tampoco procede porque con él no se cuestiona la decisión y sus fundamentos, resultando intrascendente entrar a dilucidar el acogimiento de la *lex artis* en la cirugía cuando el daño que se reclama tiene una causa determinada por el juez en la ausencia de consentimiento informado materialización de riesgos previsible y fallas en la historia clínica.

6.- La tasación de los perjuicios inmateriales la controvierte el apelante en el monto fijado para el daño moral porque lo considera excesivo toda vez que la afectación también obedece a la patología de base que tenía un curso previo a la cirugía.

¹⁰ SC4786-2020 7 de diciembre de 2020, M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

¹¹ Documento 048 folio 281 y s.s.

¹² CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878.

El daño moral esta referido a la lesión de la esfera íntima, subjetiva o interna del señor Mejia y su cónyuge, causada por el hecho dañoso, la pérdida de la masa ósea alveolar en la zona de colocación de implantes fallidos -35/36- y la disminución de sensibilidad en la misma zona, riesgos previsible materializados que no le fueron informados al señor Mejia.

La cuantificación del daño moral se hace arbitrio iudicium, lo que según indica la jurisprudencia implica un procedimiento “ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individualización y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad (...) son variables y el quantum debeat se remite a la valoración del juez”¹³, todo esto bajo los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia que son nuestro precedente y corresponden a sumas orientadoras que reajusta de tiempo en tiempo.

6.1.- El señor Mejia en su declaración dice que han pasado muchos años y sigue sin dientes 35/36 y sin hueso porque por la pérdida de este no se ha podido superar regenerándolo pese a los tratamientos a que se ha sometido por odontólogos contratados por Salud Total, por lo que su dieta es blanda y solo puede masticar, por un lado, además refiere que no siente el labio y perdió sensibilidad en parte de la nariz.

La pérdida ósea alveolar la reporta la escanografía que revisó el cirujano oral y maxilofacial Jhon Jairo Osorio Orozco en enero 21 10(sic) quien da la opción de injertos óseos. La historia clínica de la Clínica Nuestra Señora del Rosario de Cali del 27-09-11 da cuenta del examen de potenciales evocados de nervio trigémino donde encontraron una desmielinización parcial de potencial del nervio trigémino izquierdo por lo que al examen físico hallan a palpación de gingiva superior izquierdo parestesia y parestesia a nivel mandibular izquierdo, y el también cirujano maxilofacial dr German Betancour en consulta del 31-07-12 igualmente recomienda injertos óseos en 35 y 36.

En el anterior escenario y según las circunstancias del caso, encuentra la Sala evidente el daño moral generado al señor Mejia y a su esposa por el sufrimiento, la angustia, las incomodidades y vicisitudes a que han dado lugar los riesgos previsible materializados, no informados para la cirugía de colocación de implantes 35/36 que resultó fallido, lo que no se demostró ocurriera por otra causa distinta a la cirugía, por ende, se causó un daño moral, pero resulta atendible la objeción a sus montos por excesivos, para ajustarlos a las pautas jurisprudenciales señaladas para el caso de lesiones personales¹⁴, por lo que por daño moral se reconocerá al señor Mejia la suma de 15.000.000 y a su esposa \$ 7.000.000.

7.- Corolario de lo expuesto hasta aquí, los reparos de Salud Total contra la decisión de primera instancia solo proceden respecto a la disminución del monto tasado por concepto de daño moral,

¹³ CSJ Cas Civil, sentencia 18 de septiembre de 2009, rad 2005-00406-01

¹⁴ SC3919-21 50millones por secuelas neurológicas; SC3943-20 \$40 millones por daño psicomotor; SC780-20 \$ 30 y \$20 millones por trauma craneoencefálico, entre otras

por lo que la providencia apelada se confirma con esa modificación y con condena parcial en costas -80%- al apelante ante la prosperidad en tal forma del recurso para esta segunda instancia.

Suficiente lo expresado para que esta Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

1.- Confirmar la **Sentencia** de 22 de noviembre de 2022 proferida por el juzgado 1 civil del circuito de Cali en el proceso de responsabilidad civil odontológica formulado por **Raul Mejía Lasso, Patricia E Nuñez, y otros** contra **Salud Total EPS- S SA y Grupo Estética Dental del Valle SAS**, con la **MODIFICACION del NUMERAL 4, incisos 4.1 uy 4.2.** en cuanto que el daño moral para el señor RAUL MEJIA LASSO se fija en \$ 15.000.000 y para la señora PATRICIA ELENA NUÑEZ RODRIGUEZ en \$ 7.000.000

2.- CONDENAR en un 80% de las COSTAS de esta instancia a la apelante SALUD TOTAL EPS-S SA - Liquidense por la secretaría del juzgado de primera instancia conforme al artículo 366 del CGP, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$ **2.080.000** que corresponde al 80% de dichas agencias.

3.- Devuélvase la actuación al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE.

Los Magistrados,


ANA LUZ ESCOBAR LOZANO


JORGE JARAMILLO VILLARREAL


CESAR EVARISTO LEÓN VERGARA

Rad. 76001 31 03 001 2019-0075-01 (23-196)

Providencia aprobada en forma virtual por los dos magistrados que conforman esta Sala de Decisión.